

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
EDUARDO BARBOSA LEMES**

**O EFEITO VINCULANTE EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO
DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Curitiba

2005

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
EDUARDO BARBOSA LEMES**

**O EFEITO VINCULANTE EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO
DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa

Curitiba

2005

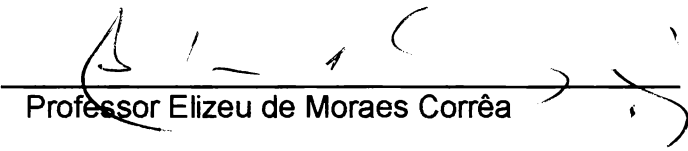
TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO BARBOSA LEMES

O EFEITO VINCULANTE EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:


Professor Elizeu de Moraes Corrêa


Professora Tatyana Scheila Friedrich


Professor Luiz Marlo de Barros Silva

Curitiba, 25 de novembro de 2005

*Dedico este trabalho a todos aqueles
contribuíram para sua realização,
principalmente à minha noiva, Andressa
Barrios, pela compreensão, paciência e
apoio incondicional.*

*Agradeço aos meus colegas, professores
e a minha família por terem ajudado na
construção deste trabalho.*

*“Não aceitar nada como verdadeiro sem
saber evidentemente que o é”*

Descartes

RESUMO

A presente monografia tem por fim fazer uma breve análise do efeito vinculante da decisão de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo por parte do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade pela via concentrada, a partir da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante a Corte Suprema, assim como da Lei 9882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob o novo enfoque constitucional dado pela Emenda n.º 45/2004.

SUMÁRIO

- Resumo
- Introdução.....
- 1. Constituição.....
- 2. Conceitos, Elementos e Características de Constituição.....
 - 2.1 Supremacia, Hierarquia e Rigidez da Constituição.....
- 3. O Fenômeno da Inconstitucionalidade
- 3.1. Existência-Vigência.....
 - 3.2. Validade.....
 - 3.3. Eficácia.....
- 4. Inconstitucionalidade
- 4.1. Espécies de Inconstitucionalidade.....
 - 4.1.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....
 - 4.1.2. Inconstitucionalidade formal e material.....
 - 4.1.3. Inconstitucionalidade total e parcial.....
 - 4.1.4. Inconstitucionalidade originária e superveniente.....
 - 4.1.5. Inconstitucionalidade direta e indireta.....
 - 4.2. Nulidade X Anulabilidade.....
- 5. Controle de Constitucionalidade.....
 - 5.1. Natureza do órgão de controle.....
 - 5.1.1 Controle Político.....
 - 5.1.2. Controle Judicial.....
 - 5.2. Momento de exercício do controle.....
 - 5.2.1. Controle preventivo ou *a priori*.....
 - 5.2.2. Controle Repressivo ou *a posteriori*.....

5.3. Órgão Judicial que exerce o controle.....	
5.3.1. Controle difuso.....	
5.3.2. Controle concentrado.....	
5.4. Forma ou modo de Controle Judicial	
5.4.1. Controle por via incidental.....	
5.4.2. Controle por via principal ou ação direta	
6. Histórico Controle de Constitucionalidade.....	
7. Evolução Histórica no Brasil.....	
7.1. Constituição Imperial.....	
7.2. Constituição de 1891.....	
7.3. Constituição de 1934.....	
7.4. Constituição de 1937.....	
7.5. Constituição de 1946.....	
7.6. Emenda Constitucional n.16, de 26 de novembro de 1965.....	
7.7. Constituição de 1967.....	
7.8. Constituição de 1988.....	
8. Efeito Vinculante nos Instrumentos do Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	
8.1. O Processo Objetivo.....	
8.2. ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a, e 103, CF e Lei 9868/99).....	
8.3. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	
8.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art.102, §1º, CF e Lei 9882/99).....	

8.5. Declarações de Constitucionalidade, Inconstitucionalidade, Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto e Interpretação Conforme.....	
9. Efeito Vinculante.....	
9.1. Emenda Constitucional 03/1992.....	
9.2. <i>Bindungswirkung</i> do direito germânico.....	
9.3. Limites Objetivos do Efeito Vinculante.....	
9.4. Limites Subjetivos do Efeito Vinculante.....	
CONCLUSÃO.....	
REFERÊNCIAS.....	

RESUMO

A presente monografia tem por fim fazer uma breve análise do efeito vinculante da decisão de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo por parte do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de inconstitucionalidade pela via concentrada, a partir da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante a Corte Suprema, assim como da Lei 9882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob o novo enfoque constitucional dado pela Emenda n.º 45/2004.

INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão do tema proposto se fará uma breve explanação do conceito, dos elementos e das características da Constituição, assim como, um histórico do controle de constitucionalidade.

Também será abordada a Constituição como elemento de integração do ordenamento jurídico do Estado, assim como as características do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, para desembocarmos no efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal ao declarar uma norma ou ato normativo (in)constitucional.

O tema é de grande relevância, haja vista a grande discussão doutrinária acerca do aspecto ambivalente da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, além de outras divergências, como a auto-vinculação do Supremo Tribunal Federal, a pretensa inconstitucionalidade da Lei 9868/99, a vinculação dos motivos determinantes das decisões do STF, a vinculação do Poder Legislativo, entre outras cizânias, que serão abordadas oportunamente.

1. Constituição

O início do presente trabalho não poderia ser outro que não as considerações preliminares a respeito da Constituição, da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo e do controle de constitucionalidade, pois uma vez estabelecido o objeto de análise como o efeito vinculante da declaração de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, resta imprescindível dar suporte teórico constitucional ao instituto. A primeiro, porque parece não ser de boa técnica estudar o efeito da declaração de (in)constitucionalidade, sem antes analisar esta declaração e suas nuances, a segundo, porque o trabalho pretende uma análise histórico-estrutural do instituto, razão pela qual é mister esboçar seus elementos constitutivos.

2. Conceitos, Elementos e Características de Constituição.

O conceito de constituição não é unívoco entre a doutrina universal, mas em síntese ela pode ser considerada, nas palavras de Oswaldo Luiz Palu, *“como um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder e seus limites, bem como os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.”*¹

A respeito, ainda, da constituição e seus significados, Palu nos afirma que:

*Uma constituição tem vários significados: a) tem um valor simbólico, é um símbolo antes de ser uma lei, sendo vista como o ato fundador do Estado, de um regime, uma ruptura com o passado, sempre renovada, não importando quantas vezes se repita a elaboração e promulgação de um novo texto; b) tem um valor filosófico, posto que a Constituição impõe a idéia de que o poder dos governantes não é ilimitado – o Estado de Direito, embora por si só não garanta a liberdade, faz exsurgir essa idéia, e finalmente c) tem um valor jurídico, posto criar um sistema de normas jurídicas que regulam o Poder, que impõe procedimentos, estabelece garantias ao cidadão e limites àqueles, prevendo de alguma forma, direta ou indiretamente, a participação dos cidadãos nas decisões da coletividade.*²

Dependendo do ordenamento jurídico podemos ter diferentes formas de constituição, ou melhor, estruturas constitucionais diversas.

¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 24.

Existem ordenamentos cuja constituição não é escrita, disto decorre que não há uma norma constitucional hierarquicamente superior aos demais tipos de norma, Entretanto, não é simplesmente o fato de a constituição ser escrita que a fará ser superior às demais normas, há a necessidade de a constituição passar por um procedimento especial mais solene de elaboração do que o previsto para uma norma ordinária. No caso das constituições não escritas e das constituições que não diferenciam o procedimento legislativo da norma ordinária e da norma constitucional não é possível se falar em controle de constitucionalidade, uma vez que a norma ordinária e a norma constitucional não são formalmente possíveis de se sobrepor, disto decorre que a diferença entre elas é apenas material. Assim sendo, a positivação e a rigidez constitucional apresentam-se como pressupostos do controle de constitucionalidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.³

Georges Burdeau, citado por Oswaldo Luiz Palu, pondera que: *“Nada impede que uma constituição escrita seja flexível e há exemplos nas Constituições da França de 1814 e 1830, no Estatuto Albertino – o texto fundamental da Itália de 4 de março de 1848 – o qual, em uma perspectiva jurídico-normativa, permitiu ao fascismo realizar por leis ordinárias a transformação de toda a estrutura constitucional italiana”⁴.*

Como o ordenamento jurídico brasileiro adota a constituição rígida, que é um sistema que reconhece a hierarquia das normas constitucionais e somente nesta perspectiva é possível adotar o controle de constitucionalidade, não trataremos profundamente dos sistemas que não

³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

⁴ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 23.

adotam a constituição rígida, haja vista que a presente monografia se focaliza no efeito vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que tem suas raízes próximas no direito alemão, que, por sua vez, tem a mesma estrutura rígida da Constituição.

2.1. Supremacia, Hierarquia e Rigidez da Constituição.

Então somente é possível pensar em controle de constitucionalidade se puder se afirmar a superioridade da norma constitucional. Esta característica é chamada de supremacia constitucional.

A supremacia da Constituição decorre da idéia de escalonamento das normas, como afirma Kelsen, onde *“uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”*.⁵

Luiz Roberto Barroso ensina que *“a supremacia da constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se encontra de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas”*.⁶

Reconhecendo o escalonamento da ordem jurídica cuja uma lei inferior busca fundamento em outra de nível hierárquico superior tendemos a acreditar que esta relação deve chegar a uma norma fundamental que não faz parte do direito positivo. Essa norma chamada por Kelsen de “norma hipotética fundamental” é que serve de fundamento para a constituição, cujo enunciado é “devemos nos conduzir como a Constituição prescreve”.

Kelsen assim expõe a respeito da hierarquia da Constituição:

⁵ KELSEN. Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 1.

*A análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma - a inferior - é determinada por outra - a superior - cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse regressus é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade.*⁷

Como vimos a Supremacia da norma Constitucional decorre, então, de um duplo aspecto: de um lado, da hierarquia entre as normas, as quais as regras inferiores buscando seu fundamento de validade em regras superiores chegam, no ápice, a uma norma fundamental, que orienta todo o ordenamento jurídico; de outro lado, da rigidez da norma constitucional, que por ter um processo de alteração específico e mais solene que as demais normas ordinárias, se diferencia formalmente das demais normas, impede-se, desta forma, que a norma constitucional seja modificada pelo mesmo processo legislativo da lei ordinária e desta forma, exigindo uma maior articulação e vontade política para a sua alteração.

3. O Fenômeno da Inconstitucionalidade

Em um sistema no qual a Constituição é a “Lei Maior”, toda lei ou ato que estiver em desencontro com a Constituição será inconstitucional. Para analisarmos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade faz-se necessário, a princípio, a apresentação de definições básicas da Teoria Geral do Direito.

3.1. Existência-Vigência

⁷ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. pp. 129 e ss.

Para Regina Ferrari vigência refere-se a vida da norma jurídica, podendo-se dizer que o ordenamento jurídico atual é vigente, no sentido que existe no presente momento.⁸

A norma ou ato jurídico deixará de ser vigente quando de outra lei ou ato substituí-la, quando for anulado através de processo específico, quando ela própria determina o prazo de sua vigência ou ainda quando sua existência esteja condicionada a um fato, como calamidade pública, por exemplo.

Para que uma lei ou ato exista no mundo jurídico é necessária a presença de alguns elementos constitutivos, que podem ser distinguidos em elementos comuns (agente, objeto e forma) que indispensáveis a qualquer norma jurídica e os elementos específicos de determinada categoria de atos. Na ausência, deficiência ou insuficiência desses elementos o ato é considerado inexistente.⁹

Como observa Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, para que “qualquer regra jurídica torne-se observável ou aplicável deverá, previamente, existir no sistema. Só a partir daí é que terá lugar a verificação de sua validade e eficácia”.¹⁰

3.2. Validade

O conceito de validade é empregado no sentido de uma lei ou ato ser válida. Diferenciando-se assim do conceito de vigência.

Segundo Luiz Roberto Barroso, após a verificação da existência de elementos constitutivos, o ato jurídico passa por um segundo momento de apreciação, que é a

⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 65.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 12.

¹⁰ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e Teoria da Recepção**, São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 48.

verificação de sua validade. Para que um ato seja válido é necessária a presença dos requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade.¹¹

É interessante observar que na ausência de um elemento constitutivo o ato seria inexistente, porém na ausência dos elementos de competência, forma adequada e licitude-possibilidade o ato será inválido, podendo, de acordo com a gravidade da violação, sofrer sanções de nulidade ou anulabilidade. Como observa Barroso, um ato inconstitucional por vício formal ou material não será inexistente e sim inválido.¹²

Para ser válida a lei ou ato jurídico devem ser produzidos em conformidade com as normas superiores, no caso de ordenamento jurídico escalonado as normas superiores estabelecem todos os requisitos de produção das normas inferiores.¹³

3.3. Eficácia

Sobre a eficácia dos atos jurídicos, discorre Luís Roberto Barroso que “consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu efeito típico, que é o de regular situações nela indicadas. Eficácia iz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.”¹⁴

A professora Regina Maria Ferrari ainda destaca a dupla colocação do termo eficácia, que entende como eficácia social “*a efetiva conduta social quando ela é efetivamente aplicada e respeitada e como eficácia jurídica que se refere à qualidade de produção de efeitos jurídicos, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos.*”¹⁵

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** cit., p. 12 e 13.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** cit., p. 13.

¹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** cit., p.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** cit., p. 13.

¹⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** cit., p. 70.

4. Inconstitucionalidade

Feitas as devidas considerações, sobre a existência, validade e eficácia da norma jurídica, é mister retornar o foco sobre o problema da inconstitucionalidade.

O fenômeno da inconstitucionalidade decorre de um conflito normo-valorativo entre uma norma inferior com a Constituição, tanto sob o aspecto formal, que decorre da inobservância ao procedimento legislativo encontrado na Magna Carta, quanto sob o aspecto material, que decorre da incompatibilidade do conteúdo entre a norma inferior e a Constituição.

Castro Nunes expõe que inconstitucionalidade pode estar no conteúdo da lei, na violação de regras de competência ou na transgressão de normas contidas na Constituição, como pode estar, unicamente, na inobservância das formas prescritas para elaboração e obrigatoriedade das leis.¹⁶

Como sustenta Marcelo Neves, “é a lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com as normas constitucionais”.¹⁷

Observe-se, porém que não é todo ato incompatível com a Constituição objeto de controle e sim apenas aqueles ligados aos órgãos de poder, visto que, como explica Jorge Miranda:

Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis ou outros atos do Estado.¹⁸

¹⁶ NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p.582.

¹⁷ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.74.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 73.

4.1. Espécies de Inconstitucionalidade

4.1.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A inconstitucionalidade por ação abrange os atos legislativos incompatíveis com o texto constitucional, já a inconstitucionalidade por omissão se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais ou no silêncio de qualquer um dos órgãos de poder.

Sobre o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, Canotilho ensina que:

Conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples *não fazer*, a um simples *conceito de negação*. Omissão, em sentido jurídico constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.¹⁹

4.1.2. Inconstitucionalidade formal e material

A inconstitucionalidade formal ocorrerá quando a lei ou ato normativo for produzido em discordância com as especificações determinadas pela Constituição. Podendo incorrer em inconstitucionalidade orgânica, quando não é observado a regra de competência para edição do ato ou em inconstitucionalidade formal propriamente dita quando não observado o processo legislativo próprio para sua produção.

Como observa Luís Roberto Barroso “o processo ou procedimento legislativo completo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. O vício mais comum é o que ocorre no tocante à iniciativa das leis. Pela

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 42.

Constituição, existem diversos casos de iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos, como o Presidente da República (art.61, §1º), o Supremo Tribunal Federal (art.93) ou o Chefe do Ministério Público (art.128, §5º). Isso significa que apenas o titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria”.²⁰

A inconstitucionalidade material advém de vícios que dizem respeito ao conteúdo do ato normativo, de não concordância entre os princípios constantes do ato e os princípios constitucionais.²¹

Tanto a inconstitucionalidade formal quanto a inconstitucionalidade material produzem a mesma consequência jurídica, a invalidade da norma. Há apenas um caso em que o efeito é diferente, quando a inconstitucionalidade advém da promulgação de uma nova Constituição. Se for inconstitucionalidade por vício formal, ou seja, por divergência em relação à iniciativa ou espécie normativa, estando o conteúdo da norma compatível com a nova constituição não incorrerá em inconstitucionalidade e as novas determinações incorrerão *ad futurum*. Se, porém, a inconstitucionalidade for por vício material, a norma não poderá subsistir, sendo revogada pela nova constituição.

4.1.3. Inconstitucionalidade total e parcial

Será total ou parcial a inconstitucionalidade que atinja todo um ato normativo ou apenas parte dele, seja uma norma em relação a um conjunto delas, ou parte de uma norma em relação a ela mesma.²²

A inconstitucionalidade por omissão pode também ser total ou parcial, sendo total quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstenha-se inteiramente de fazê-lo,

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 26.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 75

²² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 75.

deixando um vazio normativo na matéria. Para Luís Roberto Barroso, nesta situação abrem-se, em tese, três possibilidades de atuação: a) reconhecer auto-aplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; e c) não sendo a norma aplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.²³

Já a inconstitucionalidade por omissão parcial pode ser de duas espécies: a omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. A omissão é relativa quando a lei exclui de seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia. Aqui, assim como na inconstitucionalidade por omissão total, há três linhas possíveis de atuação judicial: a) declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; b) declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; e c) extensão ao benefício a categoria dele excluída. A omissão parcial propriamente dita fica caracterizada quando o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe era imposta.²⁴

4.1.4. Inconstitucionalidade originária e superveniente

Será originária ou superveniente a inconstitucionalidade dependendo a época em que foi editada a norma constitucional. Se a norma constitucional precede no tempo a promulgação da norma inferior contrária, diz-se que a inconstitucionalidade é originária. Se a

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 34.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p.37.

norma constitucional, ao contrário, é precedida pela norma infraconstitucional, dá-se a inconstitucionalidade superveniente.²⁵

4.1.5. Inconstitucionalidade direta e indireta

Conforme Oswaldo Luiz Palu, podemos classificar, ainda, a inconstitucionalidade como antecedente e conseqüente. Nas palavras do autor: *“A inconstitucionalidade antecedente exsurge através de um juízo de contraposição direta e imediata entre o ato inferior e a Constituição; a inconstitucionalidade conseqüente, ao contrário, vem a ser a extravasão de um juízo de inconstitucionalidade de uma norma à atingir outra, que dela depende.”*²⁶

Desta forma, se verificará a inconstitucionalidade antecedente de uma norma, se esta for contraditória ao texto constitucional e assim, podendo ser objeto de um controle de constitucionalidade. Não ocorre o mesmo na inconstitucionalidade conseqüente de uma norma, pois esta busca fundamento de validade em uma norma que foi declarada inconstitucional, devendo ser expurgada do ordenamento pelo fundamento de ilegalidade, uma vez que esta norma não pode ser objeto de controle.

4.2. Nulidade X Anulabilidade

Prevaleceu no Brasil o entendimento que uma norma inconstitucional é nula. Esta norma não pode ser classificada como inexistente, pois apresentou os requisitos constitutivos necessários para a sua existência, sendo ela inválida, pois sua matéria está em discordância com a Constituição.

²⁵ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 76.

²⁶ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 81.

Este entendimento é validado pela supremacia da Constituição, se uma norma é incompatível com a Norma Maior que rege um Estado, não se pode admitir que esta norma produza efeitos, visto que se assim o fizer estará sobrepujando a supremacia da Constituição.

Tal doutrina foi acolhida no célebre caso *Marbury v. Madison*, por Marshall: “Assim, a particular linguagem da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei contrária a Constituição é nula”. Assim entendendo, quando determinada a inconstitucionalidade de uma norma, esta seria nula e os efeitos desta declaração seriam retroativos a data em que a norma entrou em vigor.

Esta teoria aceita até hoje no nosso direito, teve como defensor Ruy Barbosa que no início da República declarava que “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”²⁷. Deve-se, porém observar que se toda declaração de inconstitucionalidade produzir efeitos retroativos o sistema jurídico estará em constante instabilidade, pois entre o espaço de tempo que uma lei entrou em vigor e a declaração de sua inconstitucionalidade a norma produziu efeitos, pois neste tempo a norma era válida e por isso sua aplicação obrigatória.

Como exposto acima, a lei inconstitucional na doutrina norte-americana seria nula, outro, porém é o entendimento na doutrina austríaca. Caso a Corte reconheça a inconstitucionalidade de uma lei esta deve ser anulada no todo ou na parte considerada em desacordo com a Constituição. Como exposto por Kelsen “a decisão da Corte Constitucional opera fundamentalmente apenas *pro futuro*, e a lei inconstitucional, até então válida, é anulada. Os atos até então postos em vigor com base nessa lei não são, portanto, tocados pela anulação”.²⁸ Apenas no caso que originou a declaração de inconstitucionalidade a lei é

²⁷ BARBOSA, Ruy. Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 47.

²⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

considerada como nula, pois se fosse considerada como anulada a decisão da Corte não poderia ser aplicada ao caso.

No Brasil apesar da teoria da nulidade permanecer prevalecendo sobre a teoria da anulabilidade, onde se entende que uma norma inconstitucional é nula e que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, foram abertas algumas exceções. O legislador atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de atenuar o caráter retroativo em algumas decisões considerando valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica.

A Lei n. 9868/99 apresenta de forma expressa pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro a atenuação da teoria da nulidade em seu art. 27:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como exemplo da atenuação da retroatividade nas decisões do Supremo Tribunal Federal, temos o voto do Ministro Leitão de Abreu no RE 79343/BA, proferido com data anterior a Lei 9.868/99 que prevê esta atenuação, com o seguinte texto:

Acertado se me afigura, também, o entendimento que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo” (RTJ 82/795).²⁹

²⁹ ABREU, Leitão de. Apud VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003. p. 182.

Cabe esclarecer, porém que, nas palavras de Zeno Veloso:

A regra continua sendo a da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, com as necessárias conseqüências desta projeção retroativa da decisão. Porém, como se depreende do art.27 da Lei 9868/99, havendo motivos gravíssimos, razões de segurança jurídica, ou para atender a situação de excepcional interesse social, faculta-se ao Supremo Tribunal Federal, desde que pelo voto de dois terços de seus membros (oito Ministros), que restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decida que ela só produza efeito a partir da data de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.³⁰

Alguns países já previam a atenuação da teoria da nulidade em seus sistemas. O art. 282.1 da Constituição de Portugal declara:

A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”, prevendo porém no art. 282.4: “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.

Na Espanha, o art. 116, a, ressalvou da retroatividade os efeitos decorrentes de decisões judiciais anteriores já transitadas em julgado. Na Alemanha, a Lei Orgânica da Corte Constitucional prevê a figura da declaração de inconstitucionalidade sem pronuncia de nulidade, pelo qual se reconhece ilegitimidade constitucional, gerando para o legislador o dever de tomar medidas para superar o estado de inconstitucionalidade. Na Itália, tanto o advento da coisa julgada como o decurso dos prazos de decadência e prescrição limitam os efeitos retroativos da decisão declaratória de inconstitucionalidade³¹.

5. Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, nada mais é do que a verificação, ou melhor, a fiscalização do conteúdo material e formal da norma, sob o aspecto

³⁰ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. cit., p. 195.

³¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 16.

da compatibilidade com a Constituição, com a finalidade de dar unicidade e harmonia ao sistema jurídico.

Segundo Luís Roberto Barroso, o controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.³²

Oswaldo Luiz Palu, lembra, ainda, da contingência do Poder Constituinte derivado para definir assim o controle de constitucionalidade: *“Ato de submeter-se a verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis.”*³³

Não se pode deixar de trazer o entendimento de Kelsen, que vislumbra a idéia de controle de constitucionalidade como garantia dos direitos fundamentais: *“o controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tomando possível o processo democrático em um Estado de Direito”*.³⁴

Ainda podemos citar o entendimento de Zeno Veloso, que afirma ser *“o controle de constitucionalidade o principal mecanismo, o meio de reação mais eficiente, nos países de constituição rígida, para garantir a unidade intra-sistemática, eliminando os fatores de desagregação e ruptura, que são as leis e atos normativos que se opõem ao Texto Fundamental, conflitando com seus princípios e comandos”*.³⁵

³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 1.

³³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 65.

³⁴ KELSEN. Apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002. p. 578.

³⁵ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. cit., p.18.

Importante neste ponto do trabalho discorrer sobre algumas características do controle de constitucionalidade, que ajudarão na condução da linha de raciocínio adotada, com a finalidade especial de dar suporte ao tema proposto.

No constitucionalismo moderno costumam-se identificar os dois grandes modelos de controle constitucional judicial e o modelo político, aqueles conhecidos como sistemas: americano (difuso) e austríaco (concentrado), este como sistema francês. Adotando a sistemática de Barroso, o qual observando os mais diversos sistemas constitucionais da atualidade, diz ser *“possível sistematizar as características de cada um levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais”³⁶*.

A classificação adotada por Barroso se divide quanto à natureza do órgão de controle, quanto ao momento de exercício de controle, quanto ao órgão judicial que exerce o controle e quanto à forma ou modo de controle judicial, disposta desta maneira:

1. Quanto à natureza do órgão de controle:
 - 1.1. Controle Político.
 - 1.2. Controle Judicial.
2. Quanto ao momento de exercício do controle:
 - 2.1. Controle Preventivo.
 - 2.2. Controle Repressivo.
3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle:
 - 3.1. Controle Difuso.
 - 3.2. Controle Concentrado.
4. Quanto à forma ou modo de controle judicial:
 - 4.1. Controle por via incidental.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 40.

4.2. Controle por via principal ou ação direta.

5.1. Natureza do órgão de controle

5.1.1 Controle Político

É o tipo de controle exercido por órgão não judicial, podendo ser o próprio poder Legislativo, ou o poder Executivo, ou um órgão político criado para esta função.

Este sistema tem sua origem nos países da Europa visto a má reputação dos juízes na época da Revolução Francesa. Considerando que o Parlamento é o órgão de expressão da vontade e no qual se acha representada a soberania nacional, sendo inadmissível que alguém que não seja escolhido pelo povo tenha poder para impedir a aplicação de uma lei – expressão máxima da soberania nacional.³⁷

No Brasil, o controle de constitucionalidade é eminentemente judicial, porém podemos verificar o controle político do poder Executivo através do veto presidencial, assim como o controle político do Poder Legislativo através das Comissões de Constituição e Justiça, que podem rejeitar projetos de leis por desacordo com a Constituição, ou melhor, por serem inconstitucionais.

5.1.2. Controle Judicial

³⁷ RUSSOMANO. Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 82.

É o controle de leis e atos normativos exercido pelo Poder Judiciário através de órgão judicial criado para este fim, ou pelo órgão máximo do judiciário de um país, ou ainda, por qualquer juiz de direito de um determinado ordenamento.

Como exemplo de criação de um órgão específico para o controle constitucional temos a Alemanha com o Tribunal Constitucional, sendo este órgão parte do Poder Judiciário. Ainda como exemplo de um órgão específico temos o Tribunal Constitucional da Itália, este porém não integra o Poder Judiciário sendo a ele nomeado juízes de carreira, professores, membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Já como exemplo de controle exercido por qualquer juiz de direito temos o sistema norte-americano.³⁸ No Brasil o controle judicial divide-se no sistema concentrado e difuso.

5.2. Momento de exercício do controle

5.2.1. Controle preventivo ou *a priori*

É o controle que ocorre antes da conversão de um projeto de lei em lei, o qual visa evitar a entrada do ato inconstitucional no ordenamento. Neste controle não se declara a nulidade da futura norma, mas propõe-se a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. Esse sistema é tipicamente francês, sendo também adotado em Portugal. No Brasil, o controle preventivo ocorre dentro do Poder Legislativo, no âmbito de suas comissões de constituição e justiça, e no Poder Executivo, através do veto ao projeto de lei, com fundamento na inconstitucionalidade do ato.

5.2.2. Controle Repressivo ou *a posteriori*:

³⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 101 e 102.

É aquele realizado quando a lei já está vigendo. Destina-se à extirpação da lei ou ato normativo de dentro do sistema jurídico.

No Brasil, o controle repressivo é realizado, via de regra, pelo Poder Judiciário. A Constituição, porém, prevê o controle repressivo pelo Legislativo em duas hipóteses. A primeira refere-se ao art.49, V, da Constituição Federal que assim dispõe: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Neste caso o Congresso Nacional deverá editar um decreto legislativo sustando ou o decreto presidencial (CF, art.84, IV) ou a lei delegada (CF, art.68), por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições. A segunda hipótese refere-se à aprovação ou não de medida provisória. Após a sua edição pelo Presidente da República, ela terá vigência e eficácia imediata, e força de lei, pelo prazo de 60 dias, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional, que poderá aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la. Rejeitando-a o Congresso Nacional estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória que é entendida como inconstitucional.³⁹

5.3. Órgão Judicial que exerce o controle

5.3.1. Controle difuso

É o controle exercido por qualquer juiz ou tribunal, que analisará a questão da constitucionalidade de lei ou ato normativo, suscitado ou não, para a resolução de uma lide.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. cit., p. 586.

O controle pela via difusa pode ser acionada por qualquer pessoa, parte ou interveniente, em processo judicial, podendo exsurgir como: a) controle difuso clássico, cujos efeitos da decisão ocorrem apenas entre as partes do processo, retroativamente; b) o controle coletivo de constitucionalidade, já nas ações civis públicas e coletivas, tendo em vista que a natureza e a eficácia da decisão abrange a todos aqueles que se situam em posições jurídicas específicas (consumidores de um serviço, prestamistas de uma obrigação, contribuintes de um tributo, etc.), atuando além das partes do processo; e c) o mandado de injunção, que é a vertente negativa do controle de difuso, ainda com as limitações de competência para julgamento, que se presta a resolver questões individuais.⁴⁰

5.3.2. Controle concentrado

É aquele que é exercido por órgão específico destinado ao controle de constitucionalidade das leis, podendo ser um dos órgãos pertencentes à estrutura do Poder Judiciário ou um órgão criado para este fim.

No Brasil o sistema concentrado de controle é exercido através de: a) via de direta de inconstitucionalidade por ação (art.102, I, a, da CF); b) por via de ação declaratória de constitucionalidade (art.102, I, a, *in fine*, da CF); c) ação direta interventiva (da União nos Estados – art.36, III, da CF); d) pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.102, §1º, da CF); e e) pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, §2º, da CF).⁴¹

5.4. Forma ou modo de Controle Judicial

⁴⁰ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 157.

⁴¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p.156 e 157.

5.4.1. Controle por via incidental

É quando a questão da (in)constitucionalidade apreciada decorre de um caso concreto através de um processo com objeto diverso da questão da (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Na declaração de inconstitucionalidade por via de defesa, esta só produzirá efeitos em relação às partes litigantes do processo que provocaram a referida declaração. Em relação aos demais, ela continua válida e produtora de efeitos.⁴²

5.4.2. Controle por via principal ou ação direta

É o controle que decorre de uma ação específica, através de um processo objetivo, cujo objeto seja a questão da (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Este processo visa retirar do sistema jurídico a lei tida por inconstitucional, com efeito erga omnes.

6. Histórico Controle de Constitucionalidade

Neste capítulo, trataremos do controle jurisdicional de constitucionalidade e das suas origens.

O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos foi o responsável pela consolidação do sistema difuso, no qual o controle se faz pelo Poder Judiciário. Antes da independência o controle já era conhecido, pois as leis da Colônia não podiam estar em desacordo com as leis da Inglaterra. Em 1780, após a Independência (1776), a Suprema Corte

⁴² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 85.

de New Jersey assentou que a corte tinha o direito de sentenciar sobre a constitucionalidade das leis, em 1782, decisão no mesmo sentido foi tomada pela Magistratura da Virgínia, outros Estados também se manifestaram pelo direito de deixar de aplicar leis inconstitucionais, foi, porém, o célebre caso *Marbury vs Madison* que consolidou o sistema norte-americano.

Como visto, a consolidação do sistema difuso de controle de constitucionalidade (sistema americano) tem sua origem próxima no conhecido caso *Madison vs Marbury*, em que o Presidente da Suprema Corte americana, juiz John Marshall fundamentou sua decisão afirmando a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que a contrarie e que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição.

Luís Roberto Barroso comenta o contexto histórico deste precedente que data de 1800 nos Estados Unidos quando o presidente John Adams e seus aliados federalistas diante da derrota nas urnas no âmbito do Poder Executivo e Legislativo articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Em 13 de fevereiro de 1801 foi aprovada uma lei de re-organização do Poder Judiciário Federal, que previa a redução dos ministros da Suprema Corte, para impedir nomeações pelo novo presidente, a criação de 16 cargos de juiz federal todos preenchidos por federalistas aliados do presidente derrotado. Em 27 de fevereiro, dez dias após a decisão da Câmara dos Representantes, que elegeu Jefferson e cinco dias antes da sua posse, o ainda presidente Adams autorizou a nomeação de 42 juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Jefferson. Adams assinou os atos de investidura dos novos juízes no último dia de governo ficando seu secretário de estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe lembrar que Marshall já havia sido indicado para o cargo de Presidente da Suprema Corte e seu nome sido aprovado pelo Senado, assim como tivera prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801 permanecendo, porém, no cargo de Secretário de Estado até o fim do mandato de Adams. Ocorre que Marshall na sua incumbência de entregar os atos de

investidura não teve tempo de concluir sua tarefa antes de encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los.

Após a posse, Jefferson orientou seu Secretário de Estado, James Madison, a recusar a entrega dos atos de investidura para aqueles juízes que ainda não haviam recebido. Entre esses juízes estava William Marbury, que propôs ação judicial em dezembro de 1801 com base em uma lei de 1789, que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. Devido ao tenso momento político o Congresso determinou que a sessão da Suprema Corte só se reunisse em 1803.

A Suprema Corte em reunião para julgar Marbury vs. Madison, em 1803 afirmou o seu poder de exercer seu controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais.

No desenvolvimento de sua argumentação, Marshall demonstrou que Marbury tinha direito a investidura no cargo na sua primeira parte, após assentou que se tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo, para na última parte enfrentar duas questões: saber se o *writing of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo. A resposta a primeira questão foi afirmativa, todavia Marshall sustentou, ao enfrentar a segunda questão, que o §13 da Lei Judiciária de 1789, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora das que estavam previstas no art. 3º da Constituição, incorria em uma inconstitucionalidade, haja vista que uma lei ordinária não poderia outorgar nova competência originária à Corte, que não constasse do elenco constitucional. Diante do conflito entre a Constituição e a lei, Marshall chegou a questão central do acórdão: pode a Suprema Corte deixar de aplicar, por inválida, uma lei inconstitucional? Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: em primeiro lugar a

supremacia da Constituição; segundo, a nulidade da lei que contrarie a constituição e terceiro que é o Poder Judiciário o intérprete final da constituição.

Ainda hoje há três modos de provocar o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos: a) por via de execução, através de um caso concreto; b) por meio de injunção um cidadão pede uma ordem ao Poder Judiciário atacando a constitucionalidade de uma lei; e c) o procedimento declaratório, mais recente, que prevê uma manifestação judiciária antes de uma lei ser aplicada por um agente público a um particular quando este contestar sua inconstitucionalidade.⁴³

O controle de constitucionalidade na França é o sistema concentrado, quem exerce o controle é o Conselho Constitucional, composto por nove membros nomeados (3 pelo Presidente da República, 3 pelo Presidente da Assembléia Nacional e 3 pelo Senado) mais os membros vitalícios (ex-Presidentes da República) caracterizando assim o controle político.

Como a Revolução Francesa de 1789 foi contra a tirania do Poder Executivo (rei) e os privilégios do poder Judiciário a guarda da Constituição coube a um órgão político. Em 1795 Sieyès sugeriu, na elaboração da Constituição, a criação de um órgão político para exercer o controle de constitucionalidade, sua idéia não foi bem aceita pelo Parlamento e apenas na Constituição de 1799 o Senado foi instituído para zelar pela Constituição. Esta atribuição, porém, não foi cumprida visto que o Senado deixou de anular atos inconstitucionais de Napoleão. Como Burdeau expressa em *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 95, o Imperador “*dispunha de meios de pressão singularmente persuasivos: títulos, condecorações, doações*”.⁴⁴

A Constituição de 1958 institui o Conselho Constitucional responsável pelo controle, que pode ocorrer em três fases: a) quando da discussão no Parlamento (art.41 da Constituição); b) após votada a lei, antes da promulgação (art.61, al.2, da Constituição); e c)

⁴³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 118.

⁴⁴ BURDEAU. Apud PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 108.

após a promulgação da lei (art.37, al.2, da Constituição). Neste último caso o Governo pode pedir autorização do Conselho para alterar por decreto uma lei votada pelo Parlamento e promulgada além ou fora da competência deste acaso não tenha podido o Governo, ou querido, utilizar-se do controle prévio para fazer valer suas prerrogativas ante o Parlamento.⁴⁵

O modelo austríaco surge com a Constituição de 1º de outubro de 1920, baseado num estudo de Hans Kelsen, encomendado pelo governo daquele país. É instituída a Corte Constitucional responsável para, por via de ação direta, exercer o controle de constitucionalidade. Como salienta Biscaretti di Ruffia “a Constituição Austríaca, ao dispor sobre a jurisdição do Estado, estabelece que os tribunais não têm direito de apreciar a validade das leis regularmente publicadas”.⁴⁶

Para Kelsen uma lei inconstitucional não é nula e sim anulável, sendo que os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade, por esta razão seriam *ex nunc*.

O modelo foi reformulado em 1929 admitindo o controle em caso concreto. Este modelo expandiu-se pela Europa e chegou a ser adotado na Espanha, Portugal, Itália, Alemanha, Turquia, Iugoslávia e outras partes.

7. Evolução Histórica no Brasil

7.1. Constituição Imperial

Influenciada pelo controle político exercido na França, a Constituição, de 1824, denominada “Constituição Política do Império do Brasil”, atribuía ao Poder Legislativo “fazer

⁴⁵ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 111.

⁴⁶ RUFFIA, Biscaretti di. Apud POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 63.

leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art.15, n 8º e 9º) ⁴⁷.

Pimenta Bueno, em breve análise da Constituição Imperial, lembra que “*o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante e que nenhum outro poder era depositário real da vontade e inteligência do legislador, sendo que se algum poder fosse dado fora da esfera do legislativo, passaria então a dominar e ser o verdadeiro legislador*”.⁴⁸

Deve-se considerar ainda a existência do Poder Moderador, exercido pelo Imperador, com o intuito de zelar pela “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos poderes” (art.98).

O projeto de 1823 dispunha sobre a inconstitucionalidade nos arts.266⁴⁹, 267⁵⁰ e 268⁵¹, porém a Assembléia Constituinte foi dissolvida por D. Pedro em 12 de novembro de 1823. A primeira constituição do Brasil, promulgada em 25 de março de 1824 não previa o controle de constitucionalidade, porém com as atribuições dadas ao Poder Legislativo e Moderador estes o exerciam de certa forma.

7.2. Constituição de 1891

O regime republicano, sob influência do direito norte-americano, inseriu o controle constitucional no Brasil incorporando as disposições do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que estabeleceu que *na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte*, consagrando assim,

⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 19.

⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. cit., p. 19.

⁴⁹ Art.266. “Todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor”.

⁵⁰ Art.267. “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos individuais”.

⁵¹ Art.268. “Tudo o que não é constitucional pode ser alteradopelos legislativos ordinários, concordando dois terços de cada uma das Salas”.

segundo Agrícola Barbi,⁵² o controle por via de exceção, estabelecendo o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes.

Assim dispõe o texto da Constituição de 1891, Título I, Capítulo V, Seção III (Do Poder Judiciário), art.59, §1º:

Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis e atos dos governos em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Nesta primeira Constituição após o período imperial, os juízes do Supremo Tribunal Federal eram os mesmos de antes da Proclamação da República, disto advém certa timidez na utilização efetiva de declarar uma lei inconstitucional, apenas após trabalho elucidativo realizado por Ruy Barbosa, houve consenso. Eis trecho de um texto elaborado por Ruy Barbosa em 1893 (Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a justiça federal, p.58):

*A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.*⁵³

A Lei 221, de 20 de novembro de 1894, trouxe novas atribuições relacionadas com o controle de constitucionalidade, este era o texto em seu art.13, §10: "*Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as*

⁵² BARBI, Agrícola. Apud MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. cit., p. 21.

⁵³ BARBOSA, Ruy. Apud BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 58.

leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”.

A Lei 221, de 20 de novembro de 1894, completando a organização da Justiça Federal, iniciado pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, exigiu em seu art.10, §10, que a inconstitucionalidade fosse manifestada⁵⁴: “os juízes e tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais”.

A reforma constitucional de 1926 foi ainda mais clara no art.60, §1º, referente ao controle de constitucionalidade:

“Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade as leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar esses atos ou essas leis impugnadas”.

7.3. Constituição de 1934

A Constituição de 1934 implantou notáveis alterações no controle de constitucionalidade. No art.179 foi estabelecido quorum mínimo para declaração de inconstitucionalidade: *“só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.* Em seu art. 68 dispôs sobre a competência da suprema Corte: *“é vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas”.*

Outra inovação desta Constituição foi a inserção da representação interventiva, o art.12 que previa a intervenção federal nos Estados dispunha que:

⁵⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** cit., p. 93.

A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V – Para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h do artigo 7º, n. I⁵⁵, e a execução das leis federais; (...) §2º Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

É importante observar que a constitucionalidade ou não está sendo questionada na lei que solicitou a intervenção federal.⁵⁶

Há ainda a inovação em relação à competência do Senado Federal. O art.91, item IV, atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, enfrentando, assim, o problema da convivência e harmonia dos poderes do Estado.⁵⁷ “Compete ao Senado Federal: (...) Suspender todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Este artigo trouxe a possibilidade de produzir efeitos *erga omnes* a decisão tomada em caso concreto com efeito *inter partes*.

7.4. Constituição de 1937

Percebemos nesta Constituição a preocupação em fortalecer o Poder Executivo, preocupação esta derivada do golpe militar de 1937 que ficou evidenciada no art.96, que assim dispôs: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao

⁵⁵ Art.7º “Compete privativamente aos Estados: I – Decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes e proibida a reeleição de Governadores e prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantia do Poder Judiciário e do ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões”.

⁵⁶ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 123.

⁵⁷ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Ed. RT, 1968.

exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

7.5. Constituição de 1946

Manteve o controle constitucional por via de exceção e reafirmou a exigência de maioria absoluta de votos para a declaração de inconstitucionalidade, manteve ainda a competência do Senado para suspender a execução no todo ou parte de lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A modificação apresentada nesta Constituição foi em relação a representação interventiva. Esta continuava sendo provocada pelo Procurador-Geral da República, porém era levado ao Supremo Tribunal Federal não mais a lei que solicitou a intervenção e sim o próprio ato argüido de inconstitucionalidade e esta sendo verificada era declarada a intervenção. Outra mudança relativa a intervenção é que não cabia ao Senado suspender o ato inconstitucional e sim ao Congresso. O art.13 dispôs que “o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado”.

Para regulamentar esse caso especial de inconstitucionalidade surgiu a Lei 2271, de 22 de julho de 1954, seguida pela Lei 4337, de 1º de junho de 1964, as quais conferem ao Procurador-Geral da República “o poder de argüir a inconstitucionalidade, não em tese, mas só em hipótese, quando ela constituir fundamentos para a intervenção”.⁵⁸

7.6. Emenda Constitucional n.16, de 26 de novembro de 1965

⁵⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 98.

A Emenda Constitucional 16 instituiu uma nova forma de controle de constitucionalidade, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Estava por via da Emenda Constitucional inserido no direito brasileiro o controle de constitucionalidade por via de ação direta em sistema concentrado. Assim dispôs o art.101, I, k: “Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Em seu art.19 (que foi acrescentado ao art.124 da Constituição) a Emenda autorizou os Estados-membros a instituir o controle de constitucionalidade, em via principal e concentrada, das leis municipais, conforme a seguinte redação do referido artigo: “a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”.

7.7. Constituição de 1967

Manteve as disposições da Constituição de 1946, bem como as da Emenda Constituição 16, suprimindo apenas o inciso XIII do artigo 124 da Constituição, acrescentado pelo artigo 19 da Emenda Constitucional 16, que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições Estaduais.⁵⁹

A competência do Supremo de suspender o ato estadual que originou a representação interventiva passou do Congresso Nacional para o Presidente da República.

A Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada a hipótese de intervenção do Estado em Município, como se

⁵⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. cit., p. 44.

depreende do dispositivo: “Art.15, §3º, d. A intervenção no municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se esta medida bastar ao restabelecimento da normalidade”.

A Emenda constitucional n.7, de 13 de abril de 1977, incluiu entre as competências do Supremo Tribunal Federal, conforme exposto por Regina Ferrari, a de processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo estadual e federal (art.119, I, l) e o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República (art.119, I, p).⁶⁰

Através da representação para interpretação de lei ou ato normativo estadual ou federal, o Supremo Tribunal Federal mediante representação do Procurador-Geral República, poderia fixar, em tese e com caráter vinculante o sentido de uma norma.⁶¹

Surge aqui o gérmen do efeito vinculante em sede de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil.

7.8. Constituição de 1988

Por fim, a nova Constituição veio trazer as mais profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade. Barroso destaca as principais alterações da Magna Carta: primeiramente, foi ampliado, significativamente, o rol de legitimados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que até então, contava apenas com a figura do

⁶⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 100.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 59.

Procurador-Geral da República. Desta maneira, foi dada maior efetividade ao controle concentrado, que inclui entre os legitimados: o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, os Governadores de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional; foram introduzidos mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, aos quais podemos citar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; recriou-se a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade; foi previsto o mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental; limitou o objeto do recurso extraordinário às questões constitucionais.

Regina Ferrari ainda destaca como inovação “*a possibilidade de os Estados-membros da Federação brasileira instituírem a declaração de inconstitucionalidade em tese, mediante representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125).*”⁶²

Em 17 de março de 1993, advém nova alteração com a Emenda Constitucional nº 3, a qual criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade e o efeito vinculante à decisão de mérito nela proferida, e assim, desenvolveu nova sistemática ao sistema de proteção à supremacia da Constituição.

Por fim, em 8 de dezembro de 2004, adveio a Emenda Constitucional nº 45, a qual trouxe profundas mudanças na estrutura do Poder Judiciário, inclusive na sistemática do controle concentrado de constitucionalidade, a qual fará parte do objeto do presente estudo. Todavia, mister se faz apresentarem-se, desde já, as principais alterações, que veremos mais

⁶² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 102.

adiante, quais sejam: a) equiparação do rol de legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade; b) extensão do efeito vinculante para a ação direta de inconstitucionalidade; c) criação da súmula vinculante.

8. Efeito Vinculante nos Instrumentos do Controle Concentrado de Constitucionalidade

Conforme observado no histórico do controle constitucional brasileiro, nosso sistema pode ser classificado como híbrido ou misto, admitindo tanto o controle concentrado quanto o controle difuso. Neste último a inconstitucionalidade será verificada no curso normal de um caso concreto e com efeito *inter partes*, já no controle concentrado as ferramentas utilizadas para arguição de constitucionalidade de lei ou ato normativo são diversas. Iremos expor, de maneira sucinta, sobre o processo objetivo e as ferramentas de contestação de constitucionalidade por via de ação direta, de cujas decisões de mérito decorrem o efeito vinculante.

8.1. O Processo Objetivo

Antes de discorrermos sobre as ações constitucionais específicas sobre o controle de constitucionalidade, cujos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal vinculem os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, deve-se apontar o meio pelo qual se opera essas ações, que vem a ser o chamado processo objetivo.

O controle abstrato de constitucionalidade se efetiva pelo processo objetivo, cujo objeto é a garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada, o que quer dizer que não há interesses individuais ou coletivos específicos, e disto decorre, que não há correspondência com o processo civil, haja vista que dentre as condições da ação no processo civil está o interesse de agir, inexistente no processo objetivo, não obstante ser necessário as condições de legitimidade e pedido juridicamente possível.

Lembra Luís Roberto Barroso que “a ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes”.⁶³

O processo objetivo, de acordo com Oswaldo Luís Palu, “tem como característica o fato de não conter contraditório e nele não haver partes; existe um autor, mas não existe a contrapartida no pólo passivo”⁶⁴.

8.2. ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a, e 103, CF e Lei 9868/99)

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº3 de 17 de Março de 1993.

Sua finalidade consiste em afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade da lei ou ato normativo federal, buscando preservar a ordem jurídica, afirmando a sua compatibilidade com o texto constitucional ou retirando os efeitos da norma declarada inconstitucional. Na lição de Zeno Veloso “na novel ação declaratória de constitucionalidade, o que se pretende, em nome da certeza e segurança jurídicas, é deslindar a controvérsia, tirar a dúvida, superar a polêmica em torno da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal”.⁶⁵

O Prof. Veloso ainda ressalta que, apesar de ser uma figura processual nova, não inovou o nosso direito, por estar implícita no ordenamento, pois “se o Supremo Tribunal Federal considera-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, estaria declarando, é claro, a constitucionalidade da norma impugnada”.⁶⁶

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 49.

⁶⁴ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 192.

⁶⁵ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. cit., p. 281.

⁶⁶ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. cit., p. 281.

Outra consideração a respeito da ADC envolve seu objeto, que é mais restrito que o objeto da ADI, pois como a professora Regina Ferrari bem lembra:

A Emenda Constitucional 3/93, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade, limitou seu às leis ou atos normativos federais, fato que leva ao reconhecimento de que aí não houve uma lacuna suscetível de ser completada pelo legislador ordinário, mas que o legislador constitucional houve por bem diferenciar o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, que se realiza através da ação direta de inconstitucionalidade, daquele que realiza o controle da constitucionalidade das leis federais, através da ação declaratória de constitucionalidade.⁶⁷

A legitimidade para propositura da ação declaratória de constitucionalidade teve recente alteração com a Emenda Constitucional nº45/2004 (art.103, CF) que equiparou com a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o que reforça as palavras do Prof. Gilmar Ferreira Mendes, que afirma que “a ação declaratória de constitucionalidade, nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade de sinal trocado”.⁶⁸

O procedimento que envolve a ação declaratória de constitucionalidade foi estabelecido pela Lei 9868/99. Até então o procedimento era fixado pelo Supremo Tribunal Federal (a EC 3/93 calou-se esse respeito) que declarou sua imediata aplicabilidade, seguindo o voto do Ministro relator Moreira Alves na ADC nº1-1/DF

Como nos ensina o professor Alexandre de Moraes:

Resumidamente, poderíamos estabelecer o seguinte procedimento para as ações declaratórias de constitucionalidade, fixados, inicialmente, pelo STF e depois regulamentado pela Lei nº9868/99:

- adoção da disciplina da ação direta de inconstitucionalidade;
- necessidade de juntada da documentação relativa ao processo legislativo do ato normativo envolvido, se for alegado vício formal no processo legislativo;
- demonstração de controvérsia judicial que ponha em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal;
- impossibilidade de desistência;
- impossibilidade de admissão de terceiros na relação processual, pela inexistência de sujeito passivo;

⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 394.

⁶⁸ Mendes, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. coord. Ives Gandra Martins. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78.

- desnecessidade da oitiva do Advogado-Geral da União;
- oitiva do Procurador-Geral da República, na qualidade de *custos legis*, no prazo de 15 dias;
- aplicação do *quorum* relativo à ação direta de inconstitucionalidade.⁶⁹

8.3. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade foi introduzida no Direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº16 de 26 de novembro de 1965 à Constituição de 1946, que a ela se referia como representação. A partir da Constituição de 1988, a, então, representação de inconstitucionalidade ganhou novos contornos e nova designação. Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

A Constituição de 1988 deu novo tratamento a antiga representação de inconstitucionalidade ao instituir um curador para o ato impugnado (Advogado-Geral da União) e ao alargar o número dos legitimados ativos para a sua propositura. Admitiu, também, ação direta genérica de inconstitucionalidade no plano estadual. Aliás, o constituinte de 1988 abandonou a locução ‘representação de inconstitucionalidade’, passando a, como já fazia a doutrina, designá-la por ação direta de inconstitucionalidade.

A ação direta de Inconstitucionalidade tem por fim a retirada do sistema jurídico a lei ou ato normativo federal ou estadual que não se compatibilizam com o texto constitucional, entretanto se julgada improcedente terá o condão de afirmar a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade são as leis ou atos normativos federais ou estaduais, conforme se depreende do disposto no art. 102, I, a, da CF: “*Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – Processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. cit., p. 638.

Verifica-se, portanto, que os objetos da ADC e da ADI se distinguem em relação a leis e atos normativos estaduais.

Algumas considerações acerca do objeto da ADI são levantadas por Alexandre de Moraes, quando discorre que:

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esgotado (por exemplo: medida provisória não convertida em lei) entendendo ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto na hipótese de lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.⁷⁰

A legitimação ativa da ADI se encontra no art.103 da Constituição Federal. Dentre todas as mudanças advindas da Carta de 1988, foi a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que houve a maior transformação. Barroso, em obra elucidativa, observa que *“desde a criação da ação genérica em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mas que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação”*.⁷¹

Leciona o professor Alexandre de Moraes que *“a Lei 9868/99 estabelece o procedimento da ADI genérica, devendo ser aplicada em adequação às normas constitucionais. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal deve ser aplicado subsidiariamente”*.⁷²

No pedido inicial devem estar expostos os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo admitida a alegação genérica sem demonstração

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. cit., p. 607.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. cit., p. 119.

⁷² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. cit., n. 621

compatível e razoável, nem tão pouco ataque generalizado a diversas leis ou atos normativos com alegações por amostragem.

Dentre outros procedimentos apontaremos aqueles que forem de maior importância para o presente trabalho, como por exemplo a imprescritibilidade para representação de inconstitucionalidade; a presença do Procurador-Geral da República que atua como fiscal da lei, do Advogado-Geral da União que defenderá o ato ou texto impugnado; uma vez intentada a ação direta de inconstitucionalidade, não se admitirá desistência ainda que o Procurador-Geral da República se manifeste pela sua improcedência; quorum para declaração da inconstitucionalidade é de maioria absoluta dos membros do Excelso Pretório; por fim o art.102, I, p da Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, o que, em decorrência da presunção de validade dos atos normativos, necessita da comprovação de perigo irreparável.

8.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art.102, §1º, CF e Lei 9882/99)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Consiste, nas palavras de Regina Ferrari: *“instrumento autônomo de controle abstrato, compondo processo do tipo objetivo, cuja titularidade ativa para sua propositura, nos termos do art.2º, I, da Lei 9882/99, é prevista no art.103 da Constituição Federal, em decorrência do veto apostado pelo Presidente da República ao inciso II, do seu art.2º, que previa a possibilidade de seu exercício por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”*.⁷³

⁷³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p. 429.

É de observar que o objeto da arguição de descumprimento fundamental tem como parâmetro apenas os preceitos fundamentais do texto constitucional, diferentemente da ADC e da ADI que têm como parametricidade a Constituição em seu todo.

São legitimados para a propositura da ADPF o mesmo rol de legitimados do art.103, I a IX, da Constituição Federal.

Cabe a ADPF em três hipóteses, para evitar lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público; reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, observe-se todavia o seu caráter subsidiário em relação aos demais instrumentos do processo constitucional, haja vista que a lei veda expressamente a possibilidade da ADPF quando houver outro meio eficiente de sanar a lesividade.

8.5. Declarações de Constitucionalidade, Inconstitucionalidade, Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto e Interpretação Conforme

O efeito vinculante, objeto do presente estudo, só é possível na seara da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, que se depreende do parágrafo único do art.28 da Lei 9868/99. Por tal razão far-se-á breve análise desses institutos antes de discorrer sobre o efeito vinculante.

A declaração da (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo não oferece grandes dificuldades ao intérprete da lei, uma vez que, no caso de ser declarada a constitucionalidade, no mundo jurídico nada ocorrerá, pois vale a presunção de constitucionalidade das leis. Já a declaração de inconstitucionalidade opera transformação no ordenamento, pois a norma assim declarada perde sua eficácia e deixa de integrar o ordenamento. Ao lado dessas declarações

foram desenvolvidas duas técnicas de controle de constitucionalidade chamadas Interpretação conforme a Constituição e Declaração de Inconstitucionalidade Parcial sem redução de texto. Na primeira o Supremo declara a única interpretação que poderá ser feita pelos juízes e pelos administradores da lei ou ato normativo impugnado, ocorrerá quando existirem interpretações distintas em relação a mesma norma. No dizer de Zeno Veloso “a interpretação conforme a constituição significa a escolha de um sentido normativo que se concilia com a Lei Maior, rechaçando as demais hipóteses interpretativas que pelejam com a Constituição”.⁷⁴ Na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto se elimina determinada ou determinadas interpretações da lei ou ato normativo que não se coadunam com o texto constitucional. Parafraseando Veloso:

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto significa reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sob algum aspecto, debaixo de determinada variante. A norma impugnada continua vigendo, na forma originária. O texto continua o mesmo, mas o Tribunal limita ou restringe a sua aplicação, não permitindo que ela incida nas situações determinadas, porque, nestas, há a inconstitucionalidade. Nas outras, não.⁷⁵

Desta forma, observa-se que a Interpretação Conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade se Redução de Texto tem a mesma característica de restringir a interpretação da norma infraconstitucional, apenas com a diferença na amplitude da restrição, pois na primeira, a restrição é maior, por declarar que apenas uma interpretação é constitucional e todas as demais, inconstitucionais, e na segunda, apenas algumas interpretações ou uma interpretação são inconstitucionais e todas as outras, constitucionais.

⁷⁴ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. cit., p. 169.

⁷⁵ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. cit., p. 165.

9. Efeito Vinculante

A doutrina não é unívoca a respeito do conceito de efeito vinculante, todavia estudos bastante avançados demonstram as suas principais características, elementos, limites, assim como sua natureza. Na lição de João Luís Fischer Dias “a natureza do efeito vinculante é de instrumento de eficácia das normas jurídicas. A vigência de um precedente judicial constitui a aplicação do direito ligada diretamente ao fato que lhe deu causa. Ao se aplicar o direito pela incidência da lei, diz-se que ocorreu a subsunção da lei ao caso concreto, e, noutra hipótese, ao se aplicar o direito pela incidência do precedente jurisprudencial, diz-se que se adotou o efeito vinculante ao precedente jurisprudencial, ou seja, acolheu-se, no caso atual, o mesmo critério de julgamento de um caso anterior, tornando-o obrigatório”.⁷⁶

Na decisão da ADC-1-DF o relator Min. Moreira Alves esclarece que “quando se fala que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, admi-ti-se um plus em relação aos efeitos *erga omnes* acima referidos, o que decorre de seu efeito vinculante, de tal modo que, seus demais órgãos do Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nesta ação, a parte prejudicada pode valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão”.⁷⁷

Todavia, a nuance mais acirrada do instituto é apontada por João Luís Fischer Dias, que comenta que o efeito vinculante tem o “sentido de precedente judicial obrigatório, entendido como a eficácia de uma decisão judicial proferida sobre uma questão de fato e de direito, que ultrapassa o caso concreto da qual se originou. Assim, este precedente passa a

⁷⁶ DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais – das súmulas dos Tribunais**. São Paulo: IOB Thompson, 2004, p. 23.

⁷⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. cit., p.

constituir-se referência jurídico obrigatória para futuros julgamentos de casos, cujo fundamento de fato e de direito seja semelhante ao julgamento anterior”.⁷⁸

9.1. Emenda Constitucional 03/1992

A Emenda constitucional nº 3/1992 ao instituir o efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal somente o fez em sede de ação declaratória de constitucionalidade, deixando de lado a ação direta de inconstitucionalidade, o que veio trazer grande discussão na doutrina pátria, uma vez que, conforme Oswaldo Luiz Palu, “não há diferença alguma, substancial ou ontológica, entre a ação direta que visa a inconstitucionalidade com aquela que visa a constitucionalidade: proposta a ADIn (ação direta de inconstitucionalidade), se improcedente e com o quorum regimental, será declarada a constitucionalidade da lei; proposta a ADC (ação declaratória de constitucionalidade), se improcedente e com o quorum regimental, será declarada a inconstitucionalidade da lei”.⁷⁹

Somente com a Emenda Constitucional 45/2004 acabou a discussão doutrinária, neste tópico, haja vista a efetiva equiparação formal dessas duas ações, igualando a legitimidade ativa e estendendo o efeito vinculante para a ADIn, desta forma, afastando a dúvida acerca da constitucionalidade da Lei 9868/99, a qual já regulava a ADIn e a ADC desta maneira.

9.2. *Bindungswirkung* do direito germânico

O efeito vinculante brasileiro encontra raízes próximas no *Bindungswirkung* do direito germânico, como bem assevera Gilmar Ferreira Mandes, em estudo incorporado às

⁷⁸ DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais – das súmulas dos Tribunais**. cit., p. 13.

⁷⁹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. cit., p. 182.

justificações apresentadas no Projeto Roberto Campos (PEC 130/1992), quando faz a distinção da eficácia *erga omnes* do efeito vinculante:

Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).⁸⁰

Em análise ao instituto alemão, Ferreira Mendes esclarece que a doutrina constitucional alemã buscava, desde há muito, ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada no âmbito da jurisdição estatal, sustentando que a força de lei, que se faz presente nas decisões judiciais da Corte Constitucional, não se limitava à questão julgada, contendo uma proibição de reiteração e uma imposição para que normas de teor idêntico também deixassem de ser aplicadas por força de eficácia geral.⁸¹

E esta é a principal diferença que se encontra do instituto alemão para o efeito vinculante brasileiro, haja vista o teor do art.102, § 2º, da CF/88, que institui a vinculação das decisões definitivas de mérito, apenas, para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, deixando de fora o Poder Legislativo, que poderá criar nova lei, com conteúdo idêntico a outra lei declarada inconstitucional, em sede de ADIn ou ADC, não sendo possível a propositura do instituto da reclamação perante o STF, mas somente uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999, in http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em 12 de agosto de 2005.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. cit.

9.3. Limites Objetivos do Efeito Vinculante

Cumpre destacar a valiosa lição de Ferreira Mendes acerca dos limites objetivos do efeito vinculante, que assim discorre ao interpretar o instituto à luz do direito germânico:

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão (*Tenor; Entscheidungsformel*), sustenta o *Bundesverfassungsgericht* que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (*tragende Gründe*).

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante.⁸²

Regina Ferrari comenta o ensinamento de Clèmerson Clève que registra que

“o efeito mais importante da adoção da força vinculante das decisões que realizam o controle da constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal, é o que permite obstar a sua reedição, ‘ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal’, posto que ‘tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato’, acarretando, também a impossibilidade de aplicação, em um Estado da Federação, de lei de igual conteúdo ao da de outro Estado, que já foi, por nossa Suprema Corte, considerada como inconstitucional, isto é, a decisão ‘alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela, mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como inconstitucionais.’”⁸³

Para, ao final, registrar com o ilustre professor Clèmerson que “a possibilidade de tais conseqüências encontram-se ligadas aos efeitos vinculantes que defluem dos fundamentos determinantes da decisão, e no caso brasileiro a vinculação restringe-se ‘às decisões definitivas de mérito’, abarcando apenas a sua parte dispositiva.”⁸⁴

Desta forma, podemos estabelecer que o limite objetivo do efeito vinculante, no ordenamento brasileiro, contempla apenas a parte dispositiva, que, por ora, pode ser considerado um *plus* à eficácia *erga omnes*, como salientado na decisão do Ministro Moreira

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. cit.

⁸³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. cit., p. 237.

⁸⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. cit., p. 238.

Alves, na ADC-1-DF, mas com uma amplitude menor ao *Bindungswirkung* alemão, uma vez que os motivos determinantes não tem o poder de vincular, desta forma, não sendo possível a decisão atingir outras leis ou atos normativos com conteúdo idêntico à norma julgada (in)constitucional.

9.4. Limites Subjetivos do Efeito Vinculante

Quanto aos limites subjetivos do efeito vinculante, temos que salientar duas questões: primeiro: a impossibilidade da auto vinculação do Supremo Tribunal Federal, que pode ser percebida na fórmula aplicada pela EC 3/92, ao determinar que as decisões “*produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*” Tal observação é importante, pois se fosse possível o entendimento contrário, ter-se-ia o engessamento do direito constitucional, chegando-se ao absurdo de a Suprema Corte se ver obrigada a sustentar teses errôneas ou superadas.⁸⁵

Segundo: a inobservância do efeito vinculante pelo juiz ou Tribunal acarreta como consequência, o cabimento do instrumento constitucional da reclamação, a fim de se garantir a autoridade da sua decisão, enquanto a inobservância por parte dos órgãos da Administração sujeitar-se-á à impugnação pelos meios judiciais cabíveis, podendo ser o caso de responsabilização do agente público.⁸⁶

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas.** cit.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** cit., p. 157.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir com o presente trabalho que se teve, com a Emenda Constitucional 45/2004, o fim da discussão acerca da constitucionalidade da Lei 9.868/99, no que se trata da possibilidade da declaração de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela sua equiparação processual à Ação Declaratória de Constitucionalidade, principalmente quanto ao seu efeito vinculante.

Observa-se que o efeito vinculante não se trata de uma novidade no ordenamento pátrio, haja vista ter sido vislumbrado na Constituição de 1967, através da representação interpretativa, regulada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a qual não foi recepcionada pela Constituição de 1988, porém guardou semelhança com o instituto da Interpretação Conforme a Constituição, da Lei 9.6/868/99.

Conclui-se também que o legislador constituinte, apesar de importar o instituto do direito germânico, não foi tão longe quanto este, no que diz respeito aos seus limites objetivos e subjetivos, pois não contemplou o efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão definitiva de mérito, que, por esta razão, não produzirá efeitos contra leis e atos normativos de conteúdo semelhante, assim como deixou de incluir o Poder Legislativo no rol de sujeitos que devem observar a decisão, podendo, desta maneira, o legislador editar norma com conteúdo idêntico ao de lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**; atualizado por José Aguiar Dias. 2ªed., Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DELFIM, Ricardo Alessi. **Ação Declaratória de Constitucionalidade e os Princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais/das súmulas dos tribunais**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e Teoria da Recepção**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ªed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, José Luiz Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. coord. Ives Gandra Martins. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. ed. rev. 2ªed. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1995

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9868 de 10.11.1999 e 9882 de 03.12.1999. 3ª edição/2ª tiragem/ver., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.